

EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES Y MATERNIDAD: EL R.D. 298/2009, DE 6 DE MARZO, O EL PELIGROSO HÁBITO NORMATIVO DE LA TRANSPOSICIÓN “POR ENTREGAS”.

Amparo Garrigues Giménez
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social y E. del Estado
Universidad Jaume I de Castellón

Resumen

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre de 1995, no agotaba en modo alguno todos los aspectos de esperable transposición regulados por la Directiva 92/85/CEE. Además de las previsiones relativas a los permisos y licencias, y a la protección social de la trabajadora en situación de embarazo, parto reciente o lactancia (que han ido recibiendo progresiva pero espaciada atención en nuestro ordenamiento interno -Ley 39/1999, L.O. 3/2007-), la Directiva establece, en sus Anexos I y II, sendas listas no exhaustivas de agentes considerados lesivos para el embarazo o la lactancia; aquí, el silencio y la incertidumbre de nuestro Derecho interno han sido clamorosos durante casi catorce años, obligando al intérprete a debatirse entre considerar directamente aplicables dichos Anexos –por transcurrido el plazo de transposición sin que la misma hubiera contemplado la adaptación a los mismos– o realizar una especie de “acto de fe” ante los criterios utilizados por cada empresario a la hora de proceder a la evaluación de los concretos riesgos para la maternidad. Recientemente, con la aprobación del Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, se incorporan, sin más, dichos Anexos, “entornando” –que no cerrando, pues queda pendiente y prevista una actividad reglamentaria adicional, dirigida a la concreción de los criterios directrices de evaluación- la cuestión de la determinación, siquiera no exhaustiva, de los agentes, condiciones de trabajo y procedimientos peligrosos para la situación de maternidad. La inactividad normativa española en este sentido, y durante todo este tiempo, puede calificarse de temeraria: no sólo se ha ignorado un aparentemente inocente “listado no exhaustivo” de factores laborales potencialmente peligrosos para la maternidad, sino que se ha consentido la exposición forzosa de las trabajadoras embarazadas y lactantes a agentes y condiciones de trabajo *a las que, en ningún caso, puede verse obligada a exponerse*, conforme a la Directiva 92/85/CEE. Todo ello, además, en el incomprensible contexto de los sucesivos “capítulos” transpositivos “parcelados”, de accidentada aparición y más difícil justificación.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 15 de la Directiva Marco 89/391/CEE señala la necesidad de que los Estados miembros dispensen una atención prioritaria y una singular protección a las condiciones de seguridad y salud laborales de las personas trabajadoras incluidas en los denominados “colectivos especialmente sensibles”; a ellos alude, asimismo, su art. 9 cuando -en sede de las obligaciones del empleador-, al referirse a la evaluación de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, señala que tal actividad debe incluir aquéllos referidos a los grupos de trabajadores con riesgos especiales dichos “colectivos especialmente sensibles” de trabajadores, a los que la Directiva hace acreedores –frente al empresario- de tan específica protección. Estos colectivos comprenderían a quienes, por su particular sensibilidad o estado, puedan sufrir unas consecuencias distintas y

agravadas a las del resto de los trabajadores de su misma empresa y semejantes condiciones de trabajo¹. De manera análoga a lo establecido por la Directiva Marco, la Ley 31/1995 (en lo sucesivo, LPRL) impone al empresario la obligación de garantizar de manera específica -o sea, a través de unas *medidas especiales y distintas* de las previstas con carácter general, e impuestas por la LPRL en los preceptos previos- la protección de las personas a su servicio que sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo; sensibilidad que la LPRL concreta como derivada de alguno de los siguientes factores o elementos: a) las propias características personales del trabajador; b) su estado biológico conocido; c) una situación reconocida de discapacidad física, psíquica o sensorial.

Nos hallamos, sin duda ante una obligación empresarial insita en el genérico deber de protección y prevención instituido por el art. 14.1, párrafo segundo, de la LPRL, cuya naturaleza contractual deriva de su carácter “correlativo” al derecho del trabajador a dicha protección, y de la caracterización de éste último como “derecho derivado del contrato” (*ex art. 19 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores –desde ahora, TRET-*)²; y se trata de una obligación empresarial consistente en proteger a dichos/as trabajadores/as frente a riesgos *determinados o concretos*, en particular frente a aquéllos derivados del trabajo desarrollado en su empresa, respecto de los que –conforme al art. 15 LPRL- y con carácter general, el empresario ya está obligado a evitarlos, a evaluarlos y a combatirlos en su origen. Lejos de considerarse una redundancia, la referencia a los colectivos especialmente sensibles –y las concretas obligaciones a ella ligadas- ha de entenderse como un mecanismo de “protección reforzada”; una suerte de *acción positiva* (de propósito garantista e igualador, real y efectivo –por lo que hace al derecho de toda persona trabajadora a su “protección eficaz” frente a los riesgos derivados del trabajo- y determinante de obligaciones adicionales para el empresario), dirigida a favorecer a tales colectivos en atención a razones graves y probadas de riesgo. Se trata, en definitiva, como señala la doctrina³, del corolario de la aplicación del principio de

¹ BLASCO MAYOR, A.: *Concepto, fuentes y alcance del derecho a la seguridad y salud en el trabajo*, Santander (Gobierno de Cantabria), 1998, pág. 64.

² GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La Maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, Madrid (CES), 2004, pág. 49.

³ SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. Y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid (Civitas), 2ª edición, 1998. En el

adaptación al trabajo⁴ previsto en los arts. 15.1.a) LPRL, 36.5 TRET e, indirectamente, también por el art. 123 TRLGSS (cuando prevé la procedencia de aplicación del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en aquellos supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional en que se apreciara falta de adecuación personal a cada trabajo).

Como se ha indicado, la genérica referencia a los “colectivos especialmente sensibles” es concretada por la LPRL en tres supuestos de diferente *ratio* y finalidad, cuyo común denominador reside, precisamente, en la necesidad de una protección específica, en razón de su especial sensibilidad; la misma puede venir dada, bajo la rúbrica genérica de “Protección de la maternidad”, por la presencia de ciertos **estados biológicos derivados de la función reproductiva** (actual y no potencial): la gestación, el puerperio reciente y la lactancia de la trabajadora, que constituyen el objeto de regulación específica del art. 26 LPRL⁵.

En este punto, según manifiesta su propia Exposición de Motivos⁶, la LPRL supondría la transposición de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia (Décima Directiva específica *ex* art. 16.1 de la Directiva 89/391/CEE), en tanto en cuanto se entiende que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico dada la exposición de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, o en período de lactancia, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos y que, por tanto

mismo sentido, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M^a.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 37.

⁴ Sobre el particular, *vid., in extenso*, FERNÁNDEZ MARCOS, L.: “El concepto de adecuación al trabajo y la seguridad e higiene”, en *Revista de Trabajo*, n° 51, págs. 135 y ss.

⁵ Y es que la maternidad ya se concebía como una situación de especial vulnerabilidad frente a los riesgos laborales por parte del legislador comunitario en la redacción inicial dada al art. 15 de la Directiva 89/391/CEE; en efecto, en la propuesta modificada de la Comisión de conformidad con el Parlamento Europeo, el precepto señalado decía literalmente: “*los grupos especialmente propensos al riesgo, como las mujeres embarazadas o las madres lactantes, deberán estar protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica*” (art. 12.bis.1., Propuesta modificada de la Comisión). Pese a haber sido suprimida la referencia expresa (que, aunque ejemplificativa, podía ser susceptible de una no deseable interpretación literal restrictiva) a las trabajadoras embarazadas y lactantes, parece, incluso, haberse pensado en éstas como principal grupo protegido.

⁶ Cfr. apartado 1, de la Exposición de Motivos de la LPRL.

y frente a ellos, debe recibir una protección reforzada⁷; además, y sin duda por lo anterior, la LPRL vendría a poner remedio a algunas de las notables deficiencias que, hasta el momento de su aprobación, se habían puesto de manifiesto en la regulación de los aspectos jurídico-preventivos de la maternidad de la mujer trabajadora.

No obstante, y pese a la genérica referencia de la LPRL a la “maternidad”, la norma española, en su redacción originaria, no agotaba en modo alguno todos los aspectos regulados por la Directiva 92/85/CEE. Y es que ésta extiende sus previsiones a los permisos y licencias, y a la protección social de la trabajadora en tales situaciones; tales aspectos, en nuestro Derecho interno, aparecen desarrollados por el ET y por el TRLGSS, merced a las modificaciones introducidas en su día por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su desarrollo reglamentario y, más reciente y profundamente, por la L.O. 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Pero, además, y como presupuesto operativo necesario de todas las medidas preventivas a adoptar, la Directiva 92/85/CEE establece, en sus Anexos I y II, sendas listas no exhaustivas de agentes considerados lesivos para el embarazo o la lactancia; aquí, el silencio y la incertidumbre de nuestro Derecho interno han sido clamorosos durante casi catorce años, obligando al intérprete a debatirse entre considerar directamente aplicables dichos Anexos –por transcurrido el plazo de transposición sin que la misma hubiera contemplado la adaptación a los mismos⁸- o realizar una especie de “acto de fe” ante los criterios utilizados por cada empresario a la hora de proceder a la evaluación de los concretos riesgos para la maternidad, sin más garantía técnica, eso sí, que la derivada de las siempre solventes y rigurosas *orientaciones* del INSHT y del buen hacer de los técnicos especialistas en prevención (no exentos de posibles restricciones impuestas por el empleador en base a criterios estrictamente económicos).

⁷ Y ello, en tanto “unas condiciones (laborales) que pueden considerarse aceptables en situaciones normales pueden dejar de serlo durante el embarazo”; Comisión Europea: *Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en período de lactancia* (Directiva 92/85/CEE), Bruselas, 05.10.2000, COM(2000) 466 final.

⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León”, Revista de investigación económica y social de Castilla y León, N° 7, 2004 (Ejemplar dedicado a: Trabajos seleccionados en el Premio de Investigación del CESCyL 2004), pág. 151; NORES TORRES, L.E.: “Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Actualidad Laboral*, n°16, 1998, pág. 306.

Tras una larga “travesía del desierto”, y con la aprobación del Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo⁹, se incorporan, sin más, los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE, con lo que, inexplicablemente, se retorna –en punto a esta concreta y determinante cuestión- al punto de partida, en una suerte de inquietante *déjà vu*. Y es que, para desarrollar tal ejercicio de inmovilismo regulador no era necesario, en mi opinión, padecer casi tres lustros de incertidumbre, inseguridad y riesgo para bienes jurídicos tan básicos. La pasividad del legislador español y la indolencia reglamentaria de los sucesivos gobiernos, hasta hoy, ha de calificarse –en punto a este tema- como sencillamente temeraria: como se verá a continuación, no sólo se ha ignorado un aparentemente inocente –quizá por obvio, desde el punto de vista científico y técnico- “listado no exhaustivo” de factores laborales potencialmente peligrosos para la maternidad, sino que (y esto es lo absolutamente inadmisibles, desde un punto de vista técnico jurídico, político-social y, sobre todo, desde el necesario respeto al principio de igualdad real y efectiva y su repercusión en el ámbito de la salud laboral –arts. 9.2, 14, 15 y 40.2 de la Constitución-), con la complicidad de ese silencio normativo se ha consentido la exposición forzosa de las trabajadoras embarazadas y lactantes a agentes y condiciones de trabajo *a las que, en ningún caso, puede verse obligada a exponerse*, conforme a la Directiva 92/85/CEE.

Y ello, además, en el incomprensible contexto de los sucesivos “capítulos” transpositivos “parcelados”, de accidentada aparición y más difícil justificación.

Podría aducirse, en defensa de la originaria y desguarnecida redacción de la LPRL que, *ratione materiae*, su regulación debía circunscribirse a los aspectos relativos a la salud laboral, mediante el establecimiento de una serie de medidas propias de la seguridad e higiene en el trabajo: evaluación de riesgos y adopción de medidas preventivas de distinta naturaleza. Por consiguiente, y en tal sentido, pudiera considerarse que la LPRL satisfacía en cierto modo tales expectativas también en lo relativo a la “protección de la maternidad” planteada en su art. 26 (con la exigua referencia a la “especialidad” de la evaluación de riesgos y a la necesidad, en su caso, de adoptar medidas de protección y

⁹ BOE de 7 de marzo de 2009.

prevención, a resultas de aquélla: adaptación de las condiciones técnicas del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, prohibición de trabajo nocturno y a turnos, movilidad funcional). Sin embargo, siquiera en el ámbito de las previsiones de carácter estrictamente preventivo, la LPRL no supondría, *per se*, una transposición satisfactoria de las exigencias mínimas establecidas por la Directiva 92/85/CEE; en efecto, cabe señalar, en este punto, dos palmarias carencias¹⁰:

-la falta de referentes técnicos determinantes de la “especialidad” de la evaluación de riesgos para la maternidad: así, la ausencia de transposición –desarrollada, ni siquiera meramente literal- de los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE¹¹, que listan con carácter no exhaustivo los riesgos laborales para embarazo y lactancia, en algún caso, con expresa prohibición de exposición, según se ha adelantado, lo que condicionaba radicalmente la aplicación de las medidas preventivas escalonadas previstas por la LPRL –y todavía incompletas en aquel momento¹²-);

-la carencia de soluciones preventivas cuando, agotadas o imposibles las medidas iniciales (adaptación del puesto de trabajo –condiciones y/o tiempo-, no realización de trabajo nocturno o a turnos, movilidad funcional) no se consiguiera evitar la exposición de la trabajadora embarazada o lactante a los concretos riesgos detectados para su estado: mientras, en tal caso, la Directiva 92/85/CEE prevé el alejamiento de la trabajadora respecto del riesgo mediante una dispensa del trabajo, acompañada de la correspondiente medida de procura económica, la LPRL –en su redacción originaria- presentaba un vertiginoso vacío al respecto (ninguna referencia a la eventual dispensa del trabajo, ni, lógicamente, a su cobertura económica).

Veamos.

¹⁰ Entre otras “importantes insuficiencias” detalladas por la doctrina; por todos, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional”, en Revista del MTAS (Serie de Derecho del Trabajo), nº 53, 2004, págs. 158 y 159.

¹¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales”, en AS, nº 13, 2000, pág. 69.

¹² Recuérdese, una vez más, que hasta la Ley 39/1999 no se introduce la posibilidad de suspender en contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo; y hasta la L.O. 3/2007, no era posible la suspensión por riesgo durante la lactancia.

2. LA EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS PARA EL EMBARAZO O LA LACTANCIA, O TRECE AÑOS DE UN PELIGROSO “VIAJE A NINGUNA PARTE”.

Conforme al art. 3.1 del R.D. 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en lo sucesivo, RSP), precepto que define qué ha de entenderse por “evaluación de riesgos”, ha de tenerse por tal “el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse”. El concreto proceso de evaluación a emplear en cada caso concreto deberá ser objeto de consulta a la representación de los trabajadores (o a éstos, directamente, en defecto de aquéllos) -arts. 33 LPRL y 3.2 RSP-. La evaluación de riesgos, en tanto actividad técnica, deberá realizarse por personal competente (técnicos de prevención, de nivel intermedio o superior, de acuerdo con la complejidad del proceso –art. 4.3 RSP-).

Para llevar a cabo esa “estimación de la magnitud de los riesgos” en que consiste la evaluación, el art. 5 RSP exige que los técnicos de prevención dispongan de una información básica: la relativa a la organización, las características y la complejidad del trabajo, las materias primas y los equipos de trabajo empleados y el estado de salud de los trabajadores; a partir de dicha información, los técnicos determinarán los elementos peligrosos. Tras dicha identificación, los riesgos habrán de cuantificarse y valorarse en función de criterios objetivos de valoración (tales criterios vendrán dados por los conocimientos técnicos existentes, o serán consensuados con los trabajadores) de manera que se pueda llegar a una conclusión sobre la necesidad de evitar o de controlar y reducir el riesgo. Además, y tras esa valoración objetiva, deberán tenerse en cuenta las circunstancias subjetivas de la persona que vaya a ocupar cada puesto de trabajo (art. 16.2.a LPRL), pues sus características y/o posible “especial sensibilidad” a determinados riesgos pueden suponer una “corrección” en los resultados obtenidos tras la mera aplicación de los criterios estrictamente objetivos.

Como señala el mismo art. 5 RSP, los criterios técnicos de evaluación de riesgos (para su concreción y cuantificación) pueden estar, o no, recogidos en normativa específica de

aplicación; en caso afirmativo, el procedimiento de evaluación deberá ajustarse a lo previsto en la norma correspondiente. Por el contrario, si la normativa no concreta los métodos que deben emplearse, o lo hace de modo tal que sea necesario interpretarlos a la luz de otros criterios de carácter técnico, se podrán utilizar, si existen, los métodos o criterios recogidos en:

- las Normas UNE.
- las Guías del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, del Instituto Nacional de Silicosis y protocolos y guías del Ministerio de Sanidad y Consumo, así como de Instituciones competentes de las Comunidades Autónomas.
- las Normas internacionales.
- En ausencia de los anteriores, guías de otras entidades de reconocido prestigio en la materia u otros métodos o criterios profesionales descritos documentalmente que proporcionen un nivel de confianza equivalente¹³.

Pues bien, como exige el art. 26 LPRL, la evaluación de los riesgos así descrita deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico (pues, si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para su seguridad y su salud o una

¹³ En este sentido, son habituales las bases de datos de criterios técnicos para la evaluación de los distintos riesgos; así, y por lo que se refiere a la exposición a agentes químicos, se conocen y constituyen referente autorizado, las siguientes bases de datos:

-REPRORISKR (base de datos específica sobre riesgos para la reproducción -exposición de ambos sexos- que contiene información sobre la evaluación de riesgos ante la exposición a medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos y agentes medioambientales).

-MEDITEXTTM (base de datos de carácter médico ante la exposición a sustancias químicas; contiene datos relacionados con las vías de exposición, efectos clínicos y tratamientos ante las intoxicaciones).

-INFOTEXTTM (base de datos que contiene información general sobre seguridad y salud en el trabajo, tanto de riesgos químicos como de otros tipos de riesgos).

-RTECS from NIOSH (recoge la información toxicológica publicada a nivel internacional, incluye la evaluación de dichos datos).

-HSDB from NLM (base de datos que contiene información sobre efectos tóxicos de las sustancias, así como su impacto en la salud y en el ambiente).

-IRIS from EPA (base de datos que contiene información sobre las fuentes legislativas, así como las recomendaciones de la EPA en la determinación de niveles de seguridad ante la exposición a sustancias químicas).

-Una mención específica se merecen las Fichas Internacionales de Seguridad Química (FISQ) - International Chemical Safety Cards (ICSC)- donde se recopilan de forma clara la información de los riesgos asociados al empleo de sustancias químicas. Dichas fichas fruto de la iniciativa del Programa Internacional de Seguridad de las Sustancias Químicas (PISSQ) en colaboración con la Dirección General de Salud Pública y Seguridad en el Trabajo de la Comisión de la Unión Europea, se divulgan en lengua castellana mediante una publicación del INSHT.

posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empresario deberá adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo).

En consecuencia, en la actividad de evaluación de riesgos, el empleador debe poner en juego no sólo los criterios técnicos “generales” para la determinación y cuantificación de los riesgos laborales sino que, además, debe aplicar criterios técnicos específicos relativos a la determinación y cuantificación de los concretos riesgos para las situaciones de embarazo y lactancia de las trabajadoras.

En España, los criterios de evaluación de carácter “general” carecen de ubicación normativa; vienen recogidos, habitualmente, en las *Guías Técnicas* que, para la evaluación de los distintos riesgos, elabora el INSHT (conforme a la previsión contenida en el art. 6.1.d LPRL y en las correspondientes Disposiciones Finales de los Reales Decretos que regulan las disposiciones mínimas de seguridad y salud frente a los concretos riesgos laborales).

Por lo que se refiere a los criterios técnicos “específicos” para la evaluación de los concretos riesgos laborales susceptibles de afectar a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o lactantes, la Directiva 92/85/CEE desarrolla un esfuerzo especial: en sus Anexos I y II incorpora sendos listados, de carácter no exhaustivo (y modificables de acuerdo con el progreso técnico), en los que se enumera una serie de factores laborales particularmente peligrosos para la maternidad. El propósito declarado de tales Anexos es, a la vez, igual, pero su alcance y efectos son diversos: ambos se refieren a la necesidad de que el empleador evalúe¹⁴ ciertos riesgos concretos; sin embargo, difieren en cuanto a las consecuencias derivadas de tal actividad evaluadora. Mientras el Anexo I se refiere a agentes, procedimientos o

¹⁴ Para llevar a cabo la actividad de evaluación, tanto en uno como otro caso, la Directiva prevé la aprobación por la Comisión de una serie de “Líneas directrices” (art. 3); directrices que han de orientar la evaluación de los agentes químicos, físicos, biológicos, procedimientos industriales peligrosos para la maternidad, los movimientos y posturas, la fatiga mental y física y las demás cargas físicas y mentales relacionadas con la actividad de las trabajadoras embarazadas o lactantes. La Comisión daría cumplimiento a esta previsión en su *Comunicación sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo)* - COM/2000/0466 final-. Según lo previsto por la Directiva, los Estados miembros debían comunicar dichas directrices a todos los empresarios y trabajadores y/o a sus representantes; al mismo tiempo, incumbía a la propia Comisión velar por que se diera la máxima difusión de dichas directrices entre los organismos y personas responsables de la salud y la seguridad en el trabajo.

condiciones de trabajo cuya peligrosidad puede conjurarse (exposición “controlada” o reducida hasta niveles admisibles o inocuos) mediante la aplicación de las correspondientes medidas preventivas (art. 4.1 Directiva 92/85/CEE) –puesta en marcha del sistema “escalonado” de actuación preventiva: adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo; movilidad funcional; dispensa del trabajo-, el Anexo II enumera agentes y condiciones de trabajo cuya presencia determina una “prohibición de exposición”¹⁵ (art. 6 Directiva 92/85/CEE) –es decir, en tales casos resulta inadmisiblemente forzar a la trabajadora a estar y pasar por el primer “escalón” preventivo (la adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada), activándose *ab initio* los sucesivos: movilidad o, en su caso, dispensa del trabajo-.

Entre los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del **Anexo I** figuran:

A. Agentes

1. Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

- a) Choques, vibraciones o movimientos;
- b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares;
- c) Ruido;
- d) Radiaciones ionizantes;
- e) Radiaciones no ionizantes;
- f) Frío y calor extremos;
- g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora.

2. Agentes biológicos

Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, en el sentido de los números 2, 3 y 4 de la letra d) del artículo 2 de la Directiva 90/679/CEE, en la medida en que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido, y siempre que no figuren todavía en el Anexo II.

3. Agentes químicos

Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren todavía en el Anexo II:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;
- b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE;
- c) Mercurio y derivados;
- d) Medicamentos antimitóticos;

¹⁵ “1) la trabajadora embarazada (...) no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección A, que ponga en peligro la seguridad o la salud;

2) la trabajadora en período de lactancia (...) no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección B, que ponga en peligro la seguridad o la salud.”

- e) Monóxido de carbono;
- f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

B. Procedimientos

— Procedimientos industriales que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE.

C. Condiciones de trabajo

— Trabajos de minería subterráneos.

Entre los agentes y condiciones listados en el **Anexo II** pueden encontrarse:

A. Trabajadoras embarazadas

1. Agentes

a) Agentes físicos

— Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo en locales a presión, submarinismo.

b) Agentes biológicos

— Toxoplasma.

— Virus de la rubéola,

salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.

c) Agentes químicos

— Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo

— Trabajos de minería subterráneos.

B. Trabajadoras en período de lactancia

1. Agentes

a) Agentes químicos

— Plomo y sus derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo

— Trabajos de minería subterráneos.

En este sentido, y al objeto de clarificar el alcance y efectos (adopción de medidas preventivas) de la evaluación, resultan reveladoras las prescripciones contenidas en las Comunicaciones de la Comisión “sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos...”, ya citadas. En este sentido, y por lo que se refiere a los agentes, procesos y condiciones de trabajo del Anexo I, las Directrices establecen una serie de mecanismos de evitación o reducción –en su caso- de la exposición, a través de la adaptación de las condiciones técnicas del puesto y/o del empleo de medidas técnicas de protección colectiva y, a veces, individual (incluso, la limitación del tiempo de exposición); se prevé, asimismo, el cambio de puesto o la dispensa del trabajo si no fueran posibles las medidas preventivas previas.

Sin embargo, por lo que se refiere a los agentes y condiciones del Anexo II, las Directrices son tajantes y diáfanas:

Trabajadoras embarazadas:

-Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo en locales a presión, submarinismo: “Las trabajadoras embarazadas no deben trabajar en un entorno de aire comprimido.”

-Toxoplasma, Virus de la rubéola: “El empresario debe realizar pruebas de inmunidad para las actividades de riesgo (varicela, toxoplasmosis y parvovirus) y, en caso de que la interesada sea seronegativa, prever su traslado a otro puesto o un permiso temporal.”

- Plomo y derivados: “la única opción posible podría ser apartar a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia de las zonas con presencia de plomo. Esto es particularmente aconsejable cuando existe una exposición a compuestos de plomo orgánico.”

Trabajadoras en período de lactancia:

- Plomo y derivados: “la única opción posible podría ser apartar a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia de las zonas con presencia de plomo. Esto es particularmente aconsejable cuando existe una exposición a compuestos de plomo orgánico.”

Y, además, pues abierta (“no exhaustiva”) es la lista del Anexo II, añaden las Directrices, respecto de los preparados y sustancias antimitóticas (medicación contra el cáncer) que “Una trabajadora embarazada que prepare soluciones (trabajos en laboratorios industriales o instituciones sanitarias) para medicamentos antineoplásicos debe ser transferida a otro puesto.”

Ni la LPRL –en su texto original, ni sus modificaciones posteriores (*ex* Leyes 39/1999 y 54/2003)-, ni tampoco su profuso desarrollo reglamentario, habían incorporado, hasta ahora, los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE, o previsión análoga alguna¹⁶. No

¹⁶ De este modo lo advierte SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional”, en Revista del MTAS (Serie de Derecho del Trabajo), nº 53, 2004, pág. 158. Igualmente, [MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: Maternidad y salud laboral, Valencia \(Tirant lo Blanch\), 2000, pág. 44.](#)

Y ello, a pesar de la insistencia sindical al respecto; por ejemplo, véanse:

CC.OO.: *Criterios de la FM de CC.OO. para la negociación colectiva de 2006. La acción sindical y los retos industriales*, Madrid (FM de CC.OO.), 2006, pág. 52; U.G.T.: “Conciliación de la vida laboral, personal y familiar para que todo encaje”, Documento elaborado por la Secretaría para la Igualdad (UGT, Departamento Confederal de la Mujer, Madrid, 8 de marzo de 2005), pág. 14.

obstante ello, sí puede encontrarse alguna -puntualísima- referencia (en sentido de remisión) a estos Anexos en la documentación técnica elaborada por el INSHT (*Guías Técnicas*¹⁷ y *Notas Técnicas de Prevención*¹⁸)¹⁹; sin embargo, y sin perjuicio de la caracterización del Instituto como organismo científico técnico de la Administración General del Estado, tanto las Guías Técnicas como las Notas Técnicas de Prevención poseen una mera eficacia orientativa, careciendo sus criterios de fuerza vinculante.

Así, pues, la carencia *normativa* de criterios técnicos de referencia, contrasta de modo intenso e incomprensible con la rotundidad de la obligación de evaluación reforzada impuesta por el art. 26 LPRL para las situaciones de maternidad; obligación cuya efectividad se ve, cuanto menos, limitada por la tibieza de unas previsiones técnicas prácticamente ausentes y de nulo valor vinculante. Tal carencia, cuanto menos, dificultaba el cumplimiento empresarial de las obligaciones preventivas para con las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia, cuando no, abiertamente, cimentaba la impunidad de las conductas incumplidoras del empleador en esta materia. Y ello resultaba especialmente escandaloso por la entidad y pluralidad de

algún ejemplo, maternidad, así, el art. 10.2 del R.D. 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes señala que: por su parte, y desde el ámbito internacional art. 11.1 del

¹⁷ Así, la Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con agentes químicos (dictada en aplicación del Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos), en su pág. 130, cita los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE como “fuentes de información” a tener en cuenta en la evaluación de los riesgos químicos.

¹⁸ Así, las Notas Técnicas de Prevención 414: “Reproducción: fuentes de información”; y 542: “Tóxicos para la reproducción femenina”.

¹⁹ Mejor suerte, en lo que a su difusión se refiere, han corrido las Directrices de la Comisión para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, a las cuales se refiere el INSHT hasta en 9 de sus Guías Técnicas:

-Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de lugares de trabajo.

-Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación manual de cargas.

-Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos con pantallas de visualización.

-Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos.

-Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición durante el trabajo a agentes cancerígenos o mutágenos.

-Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción.

-Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con agentes químicos.

-Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición al ruido.

-Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con las vibraciones mecánicas.

Suprimir: Sin perjuicio de la falta de referencia expresa a nivel legal ya apuntada, sí que existe – siquiera a nivel reglamentario– en nuestra normativa interna,

Suprimir: de prohibición expresa de exposición de la trabajadora en situación de

Suprimir: a determinados agentes [

Suprimir: las mujeres en período de lactancia no podrán desempeñar trabajos que supongan un riesgo significativo de contaminación, debiendo asegurarse una vigilancia adecuada de la posible contaminación radioactiva de su organismo

Suprimir: el

Suprimir: Convenio OIT n° 136 dispone que las mujeres embarazadas cuyo estado haya sido certificado por un médico y las madres lactantes no deberán ser empleadas en trabajos que entrañen exposición al benceno o a productos que contengan benceno

Suprimir:

los bienes jurídicos puestos en juego (vida, integridad y salud de la mujer, del hijo o hija recién nacido, viabilidad del embarazo, en su caso), pues una evaluación inadecuada o inexistente de los riesgos para la maternidad implica, no sólo, inadecuadas o inexistentes medidas preventivas sino que, además, neutraliza *de facto* las taxativas prohibiciones de exposición a las que se refiere el art. 6 de la Directiva 92/85/CEE, “medidas mínimas” ya inexplicablemente omitidas en el art. 26.1 LPRL (que únicamente alude a “cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”, sin hacer referencia a los otros factores de riesgo sobre los que la norma europea sí proyecta la prohibición absoluta de exposición –trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, ciertos agentes biológicos, plomo y derivados, ciertos agentes biológicos....-).

En este sentido debía entenderse la exigencia plasmada por la Disposición final tercera de la L.O. 3/2007²⁰, conforme a la cual, y en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de dicha norma, debía aprobarse un reglamento por el que se integrara el contenido de los Anexos de la Directiva 92/85. No seis, sino casi veinticuatro meses ha habido que esperar para ver cumplido este mandato. Cabe esperar, además, y en cumplimiento de lo preceptuado por la misma disposición que, en el plazo de seis meses desde la publicación del R.D. 298/2009, se aprueben por el Gobierno unas directrices sobre evaluación del riesgo, análogas a las de la Comisión Europea (a estas “directrices” parece hacer, asimismo, referencia, si bien bajo la denominación de “guías”, la Disposición adicional tercera del recentísimo R.D. 295/2009, de 6 de marzo²¹, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: “*Guías para la determinación de los riesgos derivados de los puestos de trabajo*”, que deberá elaborar el Ministerio de Trabajo e Inmigración “con el fin de valorar homogéneamente la existencia de los riesgos durante el embarazo y durante la lactancia natural”. En dichas *guías*, según prevé esta nueva “entrega” normativa –de indiscutible y necesario propósito reglamentario²² pero, también, de “oportunísima” funcionalidad transpositoria- habrán de definirse los riesgos que pueden derivar del puesto de trabajo, y se recogerá una relación no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de

²⁰ Presente ya, sin variación, en el texto original del propio proyecto normativo presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados el 23 de junio de 2006.

²¹ BOE de 21 de marzo de 2009.

²² Pues viene a derogar y sustituir, por fin, al obsoleto R.D. 1251/2001.

trabajo que pueden influir de forma negativa en la salud de las trabajadoras o del feto, en caso de embarazo, y en la de la madre o en la del hijo, en supuestos de lactancia natural).

En cualquier caso, y desde el 8 de marzo del presente año, los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE quedan incorporados al Derecho interno, y plenamente operativos en su funcionalidad, mediante su incorporación como Anexos VII y VIII, respectivamente, del R.D. 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Lógica ubicación si se recuerda que dicha norma, en su Capítulo II (arts. 3 al 9, ambos inclusive), dedicado a “Evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva”, viene a desarrollar el art. 16 LPRL. Coherentemente con ello, la modificación viene a incidir en el art. 4 del RSP (intitulado “Contenido general de la evaluación”). Técnicamente impecable: se reforma el art. 4.1.b) para incluir un nuevo epígrafe relativo a la evaluación de los riesgos respecto a las trabajadoras embarazadas o madres en período de lactancia. En un caso se hace referencia al nuevo Anexo VII RSP, que incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, mientras que en el otro caso se refiere al nuevo Anexo VIII del propio Reglamento, dividido en dos partes: la parte A incluye una lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo respecto a los cuales el empresario, una vez que conozca el estado de embarazo, deberá impedir a la trabajadora embarazada realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de exposición a los mismos, cuando se ponga en peligro su seguridad o su salud o la del feto; además, la trabajadora en período de lactancia no podrá, en ningún caso, realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en la parte B del mismo Anexo, cuando se ponga en peligro su seguridad o su salud o la del niño durante el período de lactancia natural.

No podía ser otro el resultado de la transposición, no sólo de los Anexos I y II de la Directiva, sino, tácitamente, también, de su art. 6, ignorado hasta ahora en la normativa

preventiva española. ¿Cuál ha sido la razón de esta larga espera? ¿Cómo justifica el Gobierno de España tan temeraria omisión? Como expresamente recoge el R.D. 298/2009 en sus consideraciones preliminares, la razón para que los Anexos de la Directiva 92/85/CEE no hayan tenido hasta ahora una plasmación literal en las normas españolas “es porque ambos incluyen relaciones no exhaustivas, de tal manera que, en el momento de la transposición, se consideró que incluir esos listados podía inducir a pensar erróneamente que sólo debían evaluarse los riesgos y adoptarse medidas respecto de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en esos anexos”. Es decir: en el momento de la transposición (que ha sido fraccionada y secuenciada, abarcando distintas legislaturas implicando a distintas mayorías parlamentarias y a Gobiernos de diferente “color” político -1995, 1999, 2003-) ha primado una suerte de desproporcionado recelo anticipatorio ante una eventual interpretación restrictiva de dichos Anexos, en virtud del cual se ha dado una inexplicable unanimidad política (sólo quebrada en la VIII legislatura) en torno a la preferencia del vacío normativo (con la omisión de las importantísimas cautelas derivadas de tales Anexos –especialmente del II-) frente a una protección normativa producto de una *posible* interpretación sesgada.... Cuesta creerlo. Máxime, cuando la propia norma reconoce expresamente que “la experiencia adquirida en estos años ha puesto de manifiesto la necesidad de facilitar la identificación de esos agentes, procedimientos y condiciones de trabajo, así como de garantizar una aplicación más efectiva de las disposiciones de protección de la maternidad, sin que ello suponga limitar los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que hacen desencadenar las medidas previstas en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”. *Excusatio non petita...*

Flaco argumento, pues, el esgrimido (y rebatido incluso en la propia norma), no ya por la difícil conciliación de tan prolongado consenso político, sino, especialmente, por la inconfesada pero implícita consecuencia del mismo: durante todo este tiempo, el silencio normativo ha permitido la exposición de trabajadoras embarazadas o lactantes a agentes y condiciones de trabajo frente a los que, desde los criterios de la normativa europea, **no ha de haber posibilidad alguna de exposición. O dicho de otro modo, ante los agentes y condiciones de trabajo del Anexo II de la Directiva se ha venido aplicando el estándar operativo de tres fases escalonadas del art. 26 LPRL cuando,**

por expresa exigencia de la norma comunitaria (art. 6), hasta ahora ignorada –*de facto y de iure*- en tales casos no cabe la aplicación del primer “escalón” preventivo, por presumir el mismo siquiera una exposición “controlada” o reducida hasta “niveles tolerables”, pero EXPOSICIÓN al fin. En tales supuestos (y quizá esto requiera una modificación del sistema recogido por el art. 26 LPRL, en el sentido de incluirse como excepción), detectada por la evaluación de riesgos la presencia de dichos agentes o condiciones, deberá activarse *ab initio* el mecanismo de la movilidad o, en su caso, la suspensión del contrato de trabajo.

3. LA PRETERICIÓN LEGAL DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO MEDIDA PREVENTIVA EN LAS SITUACIONES DE EMBARAZO Y LACTANCIA: UNA EXASPERANTE SUCESIÓN DE “PARCHES” NORMATIVOS.

Como simple “guinda del pastel”, se trae aquí a colación la imprevisión (*ex art. 26 LPRL*, en su redacción de 1995), de mecanismo alguno de dispensa del trabajo para las trabajadoras embarazadas o lactantes que, estando expuestas en su puestos de trabajo a riesgos susceptibles de poner en peligro su vida, integridad, salud, la del feto o hijo lactante –en su caso-, o la viabilidad misma del embarazo, no puedan ver adaptadas las características o condiciones técnicas de su puesto de trabajo, o el tiempo de presencia en el mismo, ni se las pueda movilizar interinamente a un puesto libre de riesgo (la Directiva 92/85/CEE prevé –arts. 5.3 y 11- la necesaria articulación, para tales casos – de conformidad con la legislación o práctica nacionales- de mecanismos de dispensa del trabajo que eviten la exposición de la trabajadora a los riesgos durante el tiempo necesario, manteniendo su derecho al salario o a una indemnización adecuada). La asimetría entre el art. 26 LPRL y la norma comunitaria en este punto implicaba, en definitiva, la ausencia de cobertura normativa interna respecto de la situación de la trabajadora que –objetivamente acreditada la existencia, en su puesto de trabajo, de riesgos laborales relevantes de cara a su situación de embarazo, parto reciente o lactancia- podía quedar irremediablemente expuesta a tales riesgos. Frente a ello, la doctrina mayoritaria se posicionaría abiertamente a favor de la operatividad en nuestro ordenamiento de la dispensa del trabajo, en base a la aplicación directa de la Directiva

92/85/CEE²³; en cuanto a la prestación económica a la que debía tener acceso la trabajadora durante ese período, se barajaban –también desde la doctrina científica– dos posibilidades: bien la subsunción de tal supuesto bajo el “paraguas” protector de la prestación por Maternidad (con el inconveniente de su duración limitada), o su remisión al ámbito protector de la prestación por Incapacidad Temporal²⁴. Finalmente, en la realidad se impuso la necesidad de extrapolar directamente la dispensa de trabajo, si bien desde la perspectiva de su incardinación en la segunda de las contingencias señaladas; se producía, así, una suspensión del contrato por Incapacidad Temporal derivada de riesgos comunes, de acuerdo con lo que la trabajadora pasaba a percibir la prestación económica correspondiente, en los mismos términos, cuantía y responsabilidades que la general prevista para tales supuestos.

Esta laguna normativa sería atendida, tiempo después, por la ya mencionada Ley 39/1999, que introduciría en el art. 45 TRET una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo: el “riesgo durante el embarazo”, para la cual se crearía, también, en el ámbito de la Seguridad Social, una nueva prestación económica, la “prestación económica por Riesgo durante el Embarazo”, consistente –en aquel momento– en un subsidio de cuantía equivalente al 75% de la base reguladora de la Incapacidad Temporal por contingencias comunes, cuyo pago corresponde a la Entidad Gestora, naciendo el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por el señalado riesgo para el embarazo. La L.O. 3/2007 modificaría, posteriormente, tanto el porcentaje como la base reguladora, elevando el “riesgo durante el embarazo”, a la categoría de contingencia profesional (como corresponde a la etiología laboral de sus causas desencadenantes, con lo cual, la base reguladora a considerar es, ahora, la de la Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales; y el porcentaje aplicable, el 100%, para evitar cualquier atisbo de discriminación indirecta de la trabajadora en la cobertura económica de Seguridad Social, cuando la diferencia deriva del exclusivo rol biológico por ella desempeñado.

²³ Vid., entre otros, MONTOYA MELGAR, A.; PIZÁ GRANADOS, A.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, Madrid (Mc Graw-Hill), 1996, pág.120; RODRIGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en AA.VV. (Coords. A. Ojeda Avilés, M.R. Alarcón Caracuel, M^a J. Rodríguez Ramos): *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona (Aranzadi), 1996, pág. 423.

²⁴ Así, vid. NORES TORRES, L.E.: “Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Actualidad Laboral*, nº16, 1998, pág. 313.

De acuerdo con ello, el nuevo art. 26.3 LPRL establece que cuando el cambio (de funciones, *ex* art. 26.2 LPRL) no resulte técnica u objetivamente posible – contemplándose, así, una eventual imposibilidad “empresarial”- o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados -parece aquí acogerse una eventual negativa de la trabajadora)-, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, ya señalada, y durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud²⁵. Tal suspensión persistirá mientras se mantenga la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o a otro puesto compatible con su estado; o, lo que es lo mismo, que esta situación tendrá como tope máximo el día que se inicie la suspensión del contrato por maternidad o la fecha de reincorporación de la mujer a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (art. 135 TRLGSS, en su actual redacción).

Desoyendo lo preceptuado por la Directiva 92/85/CEE, la LPRL -tanto en su redacción original, como tras la reforma operada por la Ley 39/1999- silenció la cuestión del derecho de la trabajadora *lactante* a la dispensa del trabajo. De esta manera, suponiendo las condiciones de seguridad y salud de la trabajadora un riesgo para la salud del hijo lactante, y resultando las previas medidas preventivas (adaptación de las condiciones del puesto y/o del tiempo de trabajo o, en su caso, la movilidad funcional), técnica u

²⁵ Se manifiesta, aquí (en el *modus operandi*), un claro paralelismo con los períodos de observación para el estudio de las enfermedades profesionales (art. 133.2 TRLGSS), para los cuales se prevé que el trabajador sea trasladado a otro puesto de trabajo exento de riesgo, o cualquier otra medida de apartamiento del afectado respecto del riesgo existente, incluso mediante su baja en la empresa.

Como señala SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2002, págs. 73 y 74, de modo análogo a la trabajadora en situación de riesgo durante el embarazo “*se trata de trabajadores que no se encuentran técnicamente incapacitados para el trabajo, pero que si lo realizan perjudicarán su estado de salud*”.

Sin embargo, una diferencia operativa sustancial entre ambas situaciones puede hallarse en el distinto tratamiento que presenta la carga de la protección económica del trabajador en uno y otro caso; en efecto, y mientras en el supuesto de riesgo durante el embarazo el abono de la prestación económica corresponde al sistema de la Seguridad Social [en lo que GONZÁLEZ ORTEGA denomina “socialización de la inseguridad” -“Seguridad Social y riesgo durante el embarazo”, en AA.VV.: *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador*, Madrid (Marcial Pons), 2000], en los períodos de observación, la normativa reguladora (art. 48 del Reglamento de Enfermedades Profesionales, aprobado por Orden de 9 mayo 1962, mantenido vigente en determinados aspectos) prevé el pago, durante doce meses y con cargo a la empresa, de un subsidio equivalente al salario íntegro (sólo si la situación se prolongase más, podrá el trabajador percibir una prestación pública durante seis meses más).

objetivamente imposibles o no exigibles razonablemente -por motivos justificados-, no cabía el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo para su situación de lactancia. Resultaba inexplicable la preterición legal de este supuesto como habilitante para la apertura de un período suspensivo del contrato de trabajo, análogo al supuesto de riesgo durante el embarazo, con el consecuente establecimiento de una prestación económica por parte del sistema de la Seguridad Social; qué duda cabe que la dificultad de acotar normativamente el período real de lactancia (variable, en cada caso concreto y, en ocasiones, pudiendo extenderse varios años -a criterio de la mujer y/o del pediatra que la atiende-) pudo resultar un escollo para que el legislador se decidiera, entonces, a abordar la cuestión. De cualquier modo, y con independencia de la dificultad técnica -y/o de las repercusiones económicas para el sistema de Seguridad Social, cuyo valor argumental tampoco ha de desconocerse- que la posible solución presentara en aquel momento, lo que no resultaba en absoluto inadmisibles era la total desprotección en que la trabajadora lactante y su hijo quedaban en dicho supuesto, cuando no cabía la aplicación de las previas medidas de protección y prevención. [Para tal caso, sólo quedaban como posibles las siguientes alternativas: a) la continuidad de la trabajadora (y, por ende, del hijo) en la exposición a los agentes lesivos (consecuencia que, en absoluto, podía ser admitida por el legislador); b) el abandono -definitivo y sin protección social alguna- de dicho empleo por parte de la mujer; c) -desde una perspectiva pragmática que, con toda certeza, planeó por la consideración del legislador²⁶- el mantenimiento de la trabajadora en su actividad, si bien siendo, en tal caso, necesario que se desarrolle una lactancia artificial -tanto por lo que se refiere al “vehículo” de alimentación del lactante, cuanto por lo que respecta al mismo alimento a proporcionar al hijo (pues, acreditándose la existencia de agentes de riesgo para la lactancia, queda claro que el medio por el que el lactante queda expuesto es la propia leche materna, con lo que la misma habría de descartarse como alimento). De esa manera, y cuando la trabajadora no estuviera dispuesta a sacrificar ni su maternidad ni su vida profesional, la Ley estaba negando al hijo los beneficios nutricionales, inmunológicos e, incluso, psicológicos, derivados e la lactancia natural].

²⁶ La duración del tiempo de lactancia materna disminuye conforme avanza la edad del recién nacido (en lo que podríamos denominar una suerte de “desistimiento” de la madre); en este sentido, según datos oficiales, el tiempo medio de lactancia es de 3,5 meses. Al mes del nacimiento, lactaba el 34 % de las mujeres; a los seis meses, el 20 % y al año, sólo el 2%. A este respecto, véase el documento INSS-AEP: “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”, pág. 9, disponible en http://www.tt.mtas.es/periodico/seguridadsocial/200810/orienta_valor_lactancia.pdf

Urgía una respuesta normativa satisfactoria para evitar las consecuencias apuntadas; respuesta que podía pasar –así se apuntó desde la doctrina²⁷, so pena de resultar insuficiente en algunas ocasiones- por la delimitación de un período de lactancia natural protegido legalmente (por ejemplo, equiparándolo al estatutario de nueve meses, utilizado para la concreción temporal del permiso o reducción de jornada por lactancia - lo que, en la realidad, sólo suponía alrededor de cinco meses pues, durante las primeras dieciséis semanas de vida del lactante, la madre estaría disfrutando del permiso por maternidad, no existiendo posibilidad de exposición al medio ambiente laboral), en el que fuera posible la suspensión del contrato de trabajo y la percepción de una prestación económica por parte de la trabajadora, con cargo al sistema de Seguridad Social.

A satisfacer este requerimiento (y, precisamente, en el sentido apuntado) obedecerían las modificaciones contenidas en las DD.AA. décimo primera (apartados Seis y Diez), duodécima (apartado Dos) y decimoctava (apartado Nueve), de la L.O. 3/2007, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres; en efecto, las apuntadas disposiciones introducen en el art. 26 LPRL la posibilidad de declarar *“el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses”* si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados; asimismo, se modifican los arts. 45.1.d) y 48.5 del TRET para, respectivamente, incluir el “riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses”, y añadir que, en tal supuesto, “la suspensión del contrato finalizará el día en que (...) el lactante cumpla nueve meses, (...) o, (...) cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado” (delimitando, así, el alcance temporal de tal situación suspensiva). Finalmente, y en correspondencia con las anteriores previsiones, se modifica el TRLGSS, añadiendo –en su Título II- un nuevo Capítulo IV *quinquies*, que, bajo la rúbrica “Riesgo durante la lactancia natural”, introduce la indicada situación como nueva contingencia protegida por la cobertura económica del sistema de Seguridad Social.

²⁷ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La Maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, Madrid (CES), 2004, pág. 81; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2002, pág. 61.

Todas estas novedades sugerían al intérprete ciertas cuestiones de necesaria concreción²⁸.

En primer término, la deliberada referencia al carácter *natural* de la lactancia protegida a través de la suspensión contractual; en efecto, quedan fuera del supuesto suspensivo (y de la eventual cobertura económica del sistema) las situaciones de lactancia mixta (con leche materna y otros preparados alimenticios, simultáneamente) y de lactancia artificial (tanto en los casos de maternidad/paternidad biológica como adoptiva o acogimiento de menores de aquella edad).

En segundo lugar, y por lo que afecta a la cuantificación temporal del período de lactancia natural a proteger, la L.O. 3/2007 ha venido -con abstracción de cuál sea su duración real en cada caso- a asimilarlo al empleado en el TRET para la concreción temporal del permiso o reducción de jornada por lactancia; ello supone, desde una perspectiva fáctica, una duración temporal *real* bastante reducida: como ya se ha apuntado, mientras la madre esté disfrutando del permiso por maternidad (tanto del descanso puerperal obligatorio como del resto del permiso -si así lo hiciera, y siempre que lo haga en su modalidad a tiempo completo-) no habrá posibilidad de exposición a los riesgos propios del medio ambiente laboral y, por ende, no existirá ni necesidad ni posibilidad de suspender el contrato por riesgo durante la lactancia; sólo cuando, transcurrido el descanso obligatorio, la trabajadora se reincorpore al trabajo, a jornada completa -por renunciar al resto del permiso, o por haberlo cedido al padre- o a tiempo parcial, y cuando tal reincorporación tenga lugar consumida la totalidad del permiso por maternidad, habrá posibilidad de exposición a los riesgos laborales para la lactancia, si bien la protección legal sólo podrá desplegarse hasta el cumplimiento de los nueve meses de edad del hijo (lo que, en el mejor de los casos -y de ser necesaria- puede suponer una duración de la suspensión por riesgo para la lactancia de siete meses y medio; en la perspectiva más estricta, la duración real no podría exceder de cinco meses

²⁸ Se traen aquí muchas de las consideraciones apuntadas en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2007): “(Des)Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones-parciales-planteadas en el anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres (I)”, Tribuna Social, nº 193.

–si, además, el parto ha sido múltiple, se alarga el permiso por maternidad, solapándose en buena parte con el posible tiempo de duración de la protección por lactancia que, dicho sea de paso, y lógicamente, durará lo mismo sea cual sea el número de lactantes, pues no se trata de un tiempo para atender a su cuidado y alimentación, sino destinado a mantener, a la trabajadora y a aquéllos, alejados de los riesgos laborales-).

No debe confundirse la suspensión por riesgo durante la lactancia natural con otras situaciones suspensivas que, reguladas en el art. 45 TRET, –Incapacidad Temporal, Riesgo durante el Embarazo-, pueden, eventualmente, concurrir en/con la situación de lactancia natural de la trabajadora; en efecto, podría darse que la trabajadora lactante sufriera algún tipo de alteración de la salud de etiología extralaboral o, incluso, laboral, que la incapacitara coyunturalmente para el desempeño de su trabajo (en tal caso, se produciría la suspensión del contrato de trabajo por Incapacidad Temporal, con las consecuencias correspondientes). Podría, además, suceder que la trabajadora, constante la situación de suspensión por riesgo durante la lactancia, quedase nuevamente embarazada, acreditándose además, la existencia de un riesgo para el embarazo, derivado de las condiciones del puesto de trabajo (en tal caso, a falta de concreción normativa, opino que la trabajadora debería permanecer en situación de suspensión por riesgo para la lactancia hasta agotar su duración para, posteriormente, activarse las medidas de protección de la maternidad establecidas en el art. 26 de la LPRL y, caso de ser imposibles la adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo y la movilidad funcional, pasaría, sin solución de continuidad, a la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo, con acceso a la prestación económica correspondiente si se cumplen los requisitos para ello).

Sentado lo anterior, ha de señalarse que el art. 135 *bis* TRLGSS (tras la modificación operada por la L.O. 3/2007) considera situación protegida *el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación*, en los términos previstos en el art. 26.4 de la LPRL, *dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados*. De esta manera, el sistema de la Seguridad Social protege a la trabajadora proveyendo unas rentas de sustitución para los supuestos de *suspensión de la relación laboral por riesgo durante*

la lactancia natural. Según indica el actual art. 135 *ter* TRLGSS, la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación. Así, la prestación consiste en un subsidio por importe del 100% de la base reguladora correspondiente al subsidio de IT derivada de contingencias profesionales –naturaleza profesional de la prestación reconocida, por fin, siquiera de manera refleja por remisión a la prestación de riesgo durante el embarazo-, desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

Por mor de la actual caracterización del Riesgo durante el Embarazo como contingencia profesional, no se exige (ni para acceder a la prestación económica homónima, ni a la de riesgo durante la lactancia) tener cubierto período de cotización alguno.

El médico del Sistema Público de Salud que atienda a la trabajadora deberá haber emitido un informe (y el facultativo del INSS o, en su caso, de la MATEP, deberá haber certificado), con carácter previo, a cerca de la existencia de riesgo en el mantenimiento de la trabajadora en las condiciones del puesto de trabajo desarrollado.

Por lo que se refiere a la extensión temporal de la prestación, señalar que el derecho al subsidio nace desde el mismo día que se inicie de manera efectiva la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia. El abono de la prestación económica por Riesgo durante la Lactancia procederá durante todo el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud del hijo lactante, si bien finalizando en todo caso el día anterior a aquél en que el lactante cumpla nueve meses de edad, salvo que se extinguiera antes por reincorporarse la trabajadora a su anterior puesto de trabajo a otro compatible con la lactancia.²⁹

No obstante lo anterior, resultan palpables ciertas carencias protectoras no resueltas, tampoco, por la LOI, en lo que se antoja una cadena aún no concluida de sucesivos

²⁹ De esta manera, el nuevo art. 135 *ter* TRLGSS.

capítulos transitorios, aún por llegar. La lactancia es un período de duración fáctica variable, que puede prolongarse, según los casos, entre varios meses y varios años³⁰; por lo que afecta a la duración prevista por la norma para dispensar protección en materia preventiva a la situación de lactancia natural, la única referencia temporal al respecto viene dada por el inciso segundo del nuevo art. 26.4 LPRL, según el cual “Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de **hijos menores de nueve meses** contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.”. Se acoge, de este modo, la dimensión temporal asignada por el TRET para el permiso/reducción de jornada por lactancia, por lo que el recurso a la dispensa del trabajo -como *última ratio*- sólo podrá producirse, como ya se ha dicho, hasta el cumplimiento de los nueve meses de edad del lactante.

Sin embargo, y por lo que se refiere a la operatividad de los dos “escalones” preventivos previos (modificación de las condiciones del puesto y/o del tiempo de trabajo y movilidad funcional de la trabajadora), la referencia a la situación de lactancia natural carece de marco temporal expreso alguno (“Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural,...”). En nuestra opinión, dichas medidas preventivas deberán operar **en tanto, de hecho, persista la situación de lactancia natural, con independencia de la duración de la misma, que no puede sino quedar a criterio de la trabajadora** (con el consejo del facultativo que la atienda), **sin que quepa acotación normativa alguna que restrinja la libertad de la trabajadora en este sentido ni prive de protección** -siquiera mediante estos dos primeros mecanismos preventivos- **al lactante de 9 meses ó más**

³⁰ Y, de acuerdo con tal variabilidad (dependiendo del caso concreto), ha de definirse la duración temporal de las medidas protectoras específicas de seguridad y salud; y es que, como señalan GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., CASAS BAAMONDE, M^a E. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (1997): *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid (La Ley Actualidad), pág. 43, dicha duración puede no llegar o, incluso, superar los nueve meses, dada su desvinculación -a efectos preventivos- de la duración del permiso de lactancia regulado *ex* artículo 37.4 TRET. Y es que, en tanto la finalidad de la LPRL es, como se verá, la protección de la salud de la trabajadora y del hijo, las medidas de protección y prevención habrán de prolongarse el tiempo necesario para protegerles y, en definitiva, mientras acontezca el hecho real de la lactancia (lo que depende meramente de la voluntad de la trabajadora, pero puede constatar y certificarse por el neonatólogo o pediatra de la Seguridad Social que atienda facultativamente a la trabajadora y a su hijo). En este sentido, *vid.*, igualmente, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M^a. (2000): *Maternidad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), pág. 39.

edad. Y es que la duración del derecho de la trabajadora y del hijo lactante a la protección eficaz predicada en el art. 14 LPRL ni queda (de acuerdo con la literalidad de la norma) ni puede quedar, en absoluto, sometida al plazo de los nueve meses a que hace referencia el TRET en su artículo 37.4 (al menos, allí donde la norma no hace una acotación temporal expresa: adaptación del puesto o del tiempo de trabajo, movilidad funcional); de esta manera, la operatividad de las medidas preventivas habrá de durar en tanto se prolongue la situación de lactancia de madre e hijo, o mientras perviva la posible exposición del lactante a los riesgos propios del puesto de trabajo de su madre. Tal ha de concluirse en la medida que la finalidad del art. 26.3 LPRL no coincide totalmente con la del art. 37.4 TRET -aparte de que la LPRL, junto con la Directiva 92/85/CEE, no concreta plazo alguno de duración-. Y ello, sin perjuicio de lo que al respecto viene a disponer el recientemente aprobado R.D. 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, cuyo art. 50.3 acota bien claramente (conforme a lo dispuesto por el art. 135.ter TRLGSS) la extensión del derecho al subsidio por “cumplir el hijo los nueve meses de edad”.